



# Le Parlement et les critères de la loi, la "révolution " en attente...

Guillaume Protière

## ► To cite this version:

Guillaume Protière. Le Parlement et les critères de la loi, la "révolution " en attente.... Politeia - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, 2009, 16, p. 387-399. hal-00823908

**HAL Id: hal-00823908**

**<https://hal.science/hal-00823908>**

Submitted on 26 May 2013

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Le Parlement et les critères de la loi, la « révolution » en attente... (\*)

Guillaume Protière, Maître de conférences en droit public  
Centre de droit constitutionnel de Lyon

Les critères de la loi sous la Ve République ont toujours été source d'ambiguïtés. La Constitution de 1958 rompt en effet avec ses devancières en consacrant, aux côtés du traditionnel critère organique<sup>1</sup>, un critère matériel : les articles 34 et 37 de la Constitution séparent ainsi les domaines de la loi et du règlement, limitant dès lors la compétence du législateur. Cette distinction, présentée comme l'un des quatre apports majeurs du régime en 1958<sup>2</sup>, est motivée par la volonté de protéger la force du Parlement (fût-ce contre lui-même) en l'empêchant de se dissoudre dans les petites choses<sup>3</sup>. Expression de la volonté générale, la loi ne doit pas aller jusqu'à « réglementer » les cas particuliers. Elle est aussi portée, mais de manière moins affirmée, par une conception de la séparation des pouvoirs renouvelée<sup>4</sup>, réaménageant la différenciation fonctionnelle classique au profit d'un renforcement de l'Exécutif, ainsi que par la volonté de doter le gouvernement d'un véritable pouvoir normatif initial<sup>5</sup>, autonome et général.

Si la distinction a pu, à l'origine, paraître hermétique, la pratique institutionnelle ainsi que la jurisprudence constitutionnelle, toutes deux désireuses de rendre un peu de sa force au Parlement, ont conduit à sa porosité et à son affaiblissement, le critère matériel ne jouant plus qu'un rôle secondaire (principalement dans la mise en œuvre des procédures de délégalisation (art. 37C, al. 2) et, mais dans une très faible mesure, d'irrecevabilité (art. 41C)<sup>6</sup>). Le Conseil constitutionnel a toutefois tenté dans les années 2000 de favoriser un renouveau de la conception matérielle de la loi, en consacrant une « exigence de normativité des dispositions législatives »<sup>7</sup>. Centrée sur les qualités propres de la norme adoptée, cette politique jurisprudentielle était particulièrement innovante, puisque qu'elle entendait rompre avec les conceptions héritées des régimes précédents et de la pratique de la Ve République en désolidarisant l'appréciation de la qualité de la loi de toutes considérations organiques. Fondée sur un critère matériel pris en lui-même et déconnecté de toutes implications formelles et/ou organiques, la jurisprudence constitutionnelle procédait ici à une rupture substantielle. Sans doute trop importante, car cette jurisprudence, qui n'a plus connu de véritables

---

(\*) Article paru dans *Politéia*, automne, 2009, n° 16, pp. 387-399.

<sup>1</sup> À titre d'exemple dans les Constitutions précédentes, voir l'article 1 de la Section I du Chapitre III de la Constitution du 4 septembre 1791 ou, plus récemment, l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946.

<sup>2</sup> Voir le discours de Michel DEBRE devant l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 août 1958.

<sup>3</sup> Selon Raymond JANOT, « jamais il n'y a eu dans l'esprit de ceux qui, à des titres divers, ont travaillé à ce texte constitutionnel un état d'esprit qui soit si peu que ce soit dirigé contre les Assemblées. [...] Il ne s'agissait pas d'abaisser le Parlement. Il s'agissait de ne plus lui donner de se mettre en état d'abdiquer nécessairement », in « L'origine des articles 34 et 37 », in FAVOREU (Louis), *Le domaine de la loi et du règlement*, Paris, Economica, Coll. « Droit public positif », 1981, 2<sup>e</sup> éd., p. 67. Voir également p. 68.

<sup>4</sup> Ainsi que le relève le Conseiller d'État M. RENAUDIN lors de la première séance de l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 août 1958, in COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>E</sup> REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, vol. III, 1991, p. 399.

<sup>5</sup> Ce terme doit être entendu en opposition avec un pouvoir réglementaire d'application ou d'exécution de la loi, qui ne saurait être initial, c'est-à-dire trouver dans la Constitution son fondement. Nous ne signifions évidemment pas ni « originaire », ni « souverain ».

<sup>6</sup> Il s'agit des décisions marquées « L. » et « F.N.R. ». Les premières sont beaucoup plus fréquentes que les secondes (217 décisions rendues contre 11 ; la dernière utilisation de l'irrecevabilité remontant à 1979 – déc. n° 79-11 F.N.R. du 23 avril 1979, *Rec.* p. 57).

<sup>7</sup> Sur cette notion, voir SABETE (Wagdi), « L'exigence de "portée normative" de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la notion de loi de programme », *R.R.J.-Droit prospectif*, 2005, 4, pp. 2237-2255.

applications depuis quatre ans, s'est heurtée à l'opposition des acteurs institutionnels, soucieux, sous couvert de renforcer le rôle du Parlement, de préserver la logique originaire. Aussi semble-t-elle avoir, pour une large part, échoué à promouvoir un critère alternatif de définition de la loi. Malgré les turpitudes que connaît depuis l'origine la notion de loi et les interrogations qu'elle suscite encore, le critère organique demeure donc la pierre de touche de la conception de la loi sous la Ve République.

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, en ce qu'elle entend renforcer la place du Parlement dans les institutions, ne devait *a priori* pas rester insensible à une telle conception de la loi, favorable à son affermissement. Toutefois, si le législateur constitutionnel la reprend en effet à son compte, ce n'est que de manière fugace, de façon presque anodine. Initialement, le projet de loi constitutionnelle ne prévoyait ainsi qu'une légère modification du régime des lois de programme<sup>8</sup>, destinée à neutraliser la tentative de renouvellement du critère matériel par le Conseil constitutionnel. De son côté, le texte finalement adopté comporte plusieurs modifications de l'article 34C : outre l'insertion de la disposition figurant dans le projet de loi, deux types de changements ont été adoptés. L'alinéa 1<sup>er</sup> a été supprimé et figure désormais à l'article 24C, alinéa 1<sup>er</sup> tandis que le domaine de la loi a été étendu à trois nouveaux thèmes (la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; le régime électoral des instances représentatives des français établis hors de France et les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales). Au-delà de l'analyse de l'apport de chacune de ces modifications à la matière concernée<sup>9</sup>, les modifications de l'article 34C interrogent la conception de la loi sous la Ve République. L'adjonction de matières au domaine de la loi pour renforcer le Parlement conduit en effet à utiliser le critère matériel de la loi pour renforcer l'organe parlementaire, rompant ainsi avec l'idée classiquement admise depuis 1958 que le critère matériel vient, au contraire, le limiter.

De prime abord surprenante, cette relecture de l'économie des critères de la loi par la loi constitutionnelle de juillet 2008 est rendue possible par une constante : depuis 1958, la séparation du domaine de la loi et du règlement a toujours été conçue comme un moyen d'organiser les rapports entre le Parlement et le Gouvernement, bien plus que comme un moyen de limiter leurs compétences normatives. En ce sens, le critère matériel n'a toujours été que secondaire, le véritable enjeu étant institutionnel (donc par définition organique). Un tel constat met en évidence que la détermination du domaine de la loi consacre une certaine ingénierie institutionnelle (voulue par les rédacteurs de la Constitution) que la dernière révision n'altère pas ; il met également en avant la commune conception de la Constitution partagée par les Constituants originaire et dérivé : l'édifice constitutionnel français apparaît principalement comme un mécano organique, c'est-à-dire « un ensemble d'autorités qui forment un système. Celui-ci établit pour chacune des autorités des contraintes qui l'empêchent d'outrepasser ses compétences »<sup>10</sup>. Si on comprend assez bien qu'une

---

<sup>8</sup> Voir notre commentaire « L'article 11 (et l'article 30). Les lois de programmation, ou les ambiguïtés de la conception de la loi sous la Ve République », *Petites affiches*, 14 mai 2008, n° 97, pp. 38-41.

<sup>9</sup> Pour une analyse de ces ajouts, voir VERPEAUX (Michel), « La révision constitutionnelle à l'arraché », *JCP éd. G*, n° 31-35, 30 juillet 2008, pp. 20 et suivantes ; CARCASSONNE (Guy), « Médias : une constitutionnalisation superflue ? », *D.*, 2008, n° 30, p. 2128 ou notre étude « La modification du domaine de la loi, condition incertaine de revalorisation du Parlement », *Petites affiches*, 19 décembre 2008, n° 254, pp. 47-49.

<sup>10</sup> BOUCOBZA (Isabelle), « Du bon usage de deux modèles de constitution : la machine ou/et la norme dans la réforme de la justice italienne », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, p. 195.

Constitution, essentiellement politique<sup>11</sup>, puisse être conçue de façon « mécaniste »<sup>12</sup>, l'introduction d'un critère matériel paraît heurter cet agencement, en ce qu'elle impose une réflexion sur « le périmètre de la loi »<sup>13</sup>, c'est-à-dire de prendre en compte les compétences juridiques des organes et non simplement leurs pouvoirs<sup>14</sup>. Le critère matériel s'avère donc en contradiction potentielle avec la conception classiquement admise de la Constitution puisqu'il renvoie à un mode de régulation « normatif » bien plus que « mécaniste ». La conciliation/articulation des critères de la loi dépasse ainsi la seule question de la définition de la loi pour permettre d'envisager l'état de la séparation des pouvoirs sous la Ve République et le mode de régulation dominant au sein de la Constitution.

La notion de la loi sous la Constitution de 1958 s'est construite sur le primat du critère organique, sans que celui-ci ne soit jamais véritablement remis en question. La plasticité<sup>15</sup> de ce critère, capable de, successivement, soutenir la tempérance, puis la revalorisation du Parlement, explique sa longévité et confirme l'agencement mécaniste de la Constitution française. Sur ce point, la loi constitutionnelle de juillet 2008 ne modifie pas l'équilibre existant (I.). Ce primat de l'organe rejaillit sur la place de la loi ; alors que l'ajout d'un critère matériel, centré sur les qualités de la loi, impliquerait logiquement un basculement de l'économie constitutionnelle vers un mode d'être « normatif », il n'en est rien. Le critère matériel apparaît en effet vampirisé et incapable d'assurer la claire appréhension des critères de la loi (II.).

## **I. La plasticité du critère organique : les ambiguïtés de la place du Parlement sous la Ve République**

Loin d'être une interrogation abstraite et principalement scolastique, les critères de la loi renvoient au contraire à des questions d'importance et permettent d'appréhender un point d'achoppement du régime : la place du Parlement. Force est alors de constater que la souplesse de la Ve République se retrouve jusque dans sa conception des critères de la loi. Le critère organique, que le régime est pourtant censé avoir malmené, en offre une parfaite illustration. Ses interprétations permettent en effet d'accorder au Parlement deux places diamétralement opposées. En 1958, sa remise en cause se traduit par la mise en concurrence du Parlement par le pouvoir exécutif (A.). Malgré tout, il perdure, de telle sorte qu'en 2008, c'est lui qui soutient la politique de revalorisation du Parlement initiée par la révision constitutionnelle (B.).

### **A. Le critère organique en 1958 : le Parlement concurrencé**

Rapportée à la loi, le projet de Constitution de 1958 dispose à la fois que le Parlement vote la loi (futur article 34C) et que son domaine est distinct de celui du règlement. La motivation avancée d'une telle restriction consiste, on le sait, en l'affirmation que la compétence du Parlement, resserrée sur l'essentiel, sera plus efficace et sans doute plus conforme à l'idée que

---

<sup>11</sup> Selon le sens donné à l'expression « Constitution politique » par Maurice HAURIOU in *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2<sup>e</sup> éd., pp. 611-612.

<sup>12</sup> TROPER (Michel), « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 2001, pp. 147-150.

<sup>13</sup> DRAGO (Guillaume), « Le périmètre de la loi », *Mélanges Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 661-672.

<sup>14</sup> « La conception mécaniste conduit à remplacer une analyse en termes de compétences juridiques par une analyse en termes de pouvoirs, entendus comme capacités d'agir et de produire des effets », TROPER (Michel), « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », *op. cit.*, p. 153.

<sup>15</sup> Pour une application de cette qualité au régime dans son entier, voir GADHOUN (Pierre-Yves), « L'amélioration de la fabrication des lois. Entre rénovation et révolution », *AJDA*, 2009, p. 1872.

la loi exprime la volonté générale. Ce postulat repose en fait sur une conception fonctionnelle, assimilant les sorts de l'organe et de la norme. Michel DEBRE oppose ainsi très nettement les binômes Parlement/loi et Gouvernement/règlement. Selon lui, si « *définir le domaine de la loi, ou plutôt du Parlement*, ce n'est pas réduire la vie parlementaire », « la définition du domaine de la loi donne au *règlement*, c'est-à-dire à la *responsabilité du gouvernement* un domaine étendu »<sup>16</sup>. La séparation de la loi et du règlement implique donc autant qu'elle repose sur, une distinction organique bien plus que matérielle ou normative. Ainsi, au-delà des apparences nées des articles 34 et 37 de la Constitution, la conception organique fournit le creuset de la définition de la loi. Cela n'a rien d'étonnant. Marqués par le seul mode d'être de la loi qu'ils aient expérimenté jusqu'alors, à savoir le légicentrisme, les acteurs du processus constituant de 1958 proposent une conception de la loi largement traditionnelle : celle-ci est pensée comme une norme *initiale*, dont on admet – après d'âpres débats – un conditionnement, non pas vertical (que l'on pourrait interpréter comme un conditionnement normatif de la *compétence* du législateur<sup>17</sup>), mais « horizontal » (organisant donc le face-à-face des *pouvoirs* Exécutif et Législatif). Bien que largement partagée par les constituants, cette conception n'empêche pas que le sens et la portée du critère organique diffèrent entre le gouvernement et les autres rédacteurs de la Constitution : d'un côté, les membres du Comité Consultatif Constitutionnel et du Conseil d'État<sup>18</sup> proposent une conception classique du critère organique, identifiant l'organe à partir de sa fonction<sup>19</sup>. Face à eux, le Gouvernement retient un *critère organique tempéré*, puisque, s'il admet que le Parlement vote la loi, celle-ci ne doit plus pouvoir tout embrasser ; le tempérament du critère organique par le critère matériel limite moins la compétence normative du Parlement qu'il ne consacre et renforce la fonction nouvelle de l'Exécutif<sup>20</sup> en tant que pouvoir normatif « autonome »<sup>21</sup>.

À l'aune de ces propos, le processus constituant semble reposer sur un fondement commun – la loi est l'acte du Parlement –, articulant deux conceptions opposées. Face au *critère organique classique* (porté par les membres du Comité consultatif constitutionnel et du Conseil d'État), le critère matériel défendu par le gouvernement peut être conçu, en raison de l'assimilation entre loi et Parlement d'un côté et règlement et gouvernement de l'autre, comme un *critère organique inversé*. D'un point de vue téléologique, il laisse en effet apparaître une concurrence des organes normateurs (l'Exécutif contre la Représentation nationale), qui doit *in fine* permettre au gouvernement de s'affirmer comme l'un des

<sup>16</sup> Michel DEBRE, discours devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, préc. Nous soulignons. Au sein du Comité consultatif constitutionnel et devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, de nombreux orateurs confirment cette manière de voir. À titre d'exemple, voir le propos de M. COSTE-FLORET lors de la séance du 8 août 1959 devant le Comité consultatif constitutionnel, in COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>E</sup> REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, vol. I, 1987, p. 282.

<sup>17</sup> Son pouvoir aurait alors cessé d'être originaire. Sur cette notion, voir HERAUD (Guy), *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1946.

<sup>18</sup> N'oublions pas que dans sa première version, la limitation du domaine de la loi a été rejetée par l'Assemblée générale du Conseil d'État ; *Documents pour servir...*, vol. III, *op. cit.*, pp. 395 et suivantes.

<sup>19</sup> Plusieurs membres du C.C.C. affirment par exemple que « la fonction du Parlement est de faire la loi, pas de contrôler l'action du Gouvernement. À titre d'exemple, voir l'intervention de M. MARCILHACY, Séance du 8 août 1958, COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>E</sup> REPUBLIQUE, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, vol. II, 1988, p. 282.

<sup>20</sup> À titre d'illustration, voir la *Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative* (2 juillet 1958) qui affirme que « gouverner, c'est édicter des dispositions de portée générale, c'est donc, au sens matériel du terme, légiférer », in *Documents pour servir...*, vol. I, *op. cit.*, p. 333.

<sup>21</sup> Selon la qualification classiquement retenue pour distinguer le pouvoir réglementaire issu de l'article 37C de celui figurant à l'article 21C, dit d'« exécution des lois ». Sur cette distinction et sa remise en cause, voir FAVOREU (Louis), « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, pp. 871 et suivantes

principaux organes de l'État. La limitation du domaine de la loi n'a de sens que parce qu'elle aboutit au renforcement de l'organe gouvernemental ; le critère matériel est donc largement conditionné par des considérations organiques. Une telle opposition explique sans doute pour une large part la pérennité du critère organique en et depuis 1958 malgré la tentative d'adjonction d'un critère matériel. En effet, le Gouvernement ne semble pas être parvenu à s'affranchir des cadres habituels de pensées ; il maintient donc son œuvre dans un cadre fonctionnel. Ce faisant, il demeure prisonnier d'une conception institutionnelle, qu'il ne pourrait dépasser qu'en s'inscrivant dans un autre paradigme. Faute de cela, le critère organique s'impose comme principal critère d'appréhension du processus normatif. Ce que la pratique et la jurisprudence ultérieures confirmeront largement (voir *infra*).

Au-delà de la conception fonctionnelle de la séparation des pouvoirs, le primat des considérations organiques (que l'optique soit classique ou inversée) traduit bien la philosophie générale du Constituant quand il envisage la Constitution ; il s'agit pour lui, selon une appréhension principalement organique, de rééquilibrer l'ingénierie institutionnelle en faveur de l'Exécutif. L'adjonction d'un critère matériel témoigne toutefois d'un début de basculement, inabouti mais incontestablement présent, vers un autre paradigme (la Constitution comme mode de régulation normatif). Le caractère inachevé de cette évolution ressort parfaitement dans les hésitations relatives à la place réservée au Conseil constitutionnel en la matière. Celui-ci est en effet créé comme un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »<sup>22</sup>, c'est-à-dire comme un organe permettant de faciliter la « marche de concert » de l'Exécutif et du Législatif. Il n'est en ce sens pas anodin que la jurisprudence constitutionnelle ait pendant longtemps (jusqu'aux années 2000) promu l'extension du domaine de la loi comme moyen de renforcer l'organe parlementaire contre l'Exécutif. Ce faisant, le juge constitutionnel inscrit le rééquilibrage des institutions auquel il procède dans la conception mécaniste de la Constitution (l'enjeu est en effet moins la compétence législative du Parlement que l'affirmation du pouvoir législatif), illustrant par là-même les raisons de la pérennité du critère organique. L'évolution de la jurisprudence à partir des années 2000 (lutte contre les « neutrons législatifs » et promotion de la normativité) rompt avec cela et marque ce faisant le basculement vers une régulation normative des rapports Parlement/Gouvernement, confirmant *a contrario* nos précédents constats.

## **B. Le critère organique en 2008 : le Parlement revalorisé ?**

Cinquante plus tard, cette construction n'est pas fondamentalement remise en cause. La réforme repose en effet sur une philosophie analogue, postulant que la revalorisation de la fonction est un moyen de renforcer l'organe. Les travaux du législateur constitutionnel vont en ce sens veiller, selon les mots du Secrétaire d'État en charge des relations avec le Parlement, à « donner plus de *pouvoirs* au Parlement » en « réaffirm[ant] ce que sont les *pouvoirs* traditionnels légitimes du Parlement »<sup>23</sup>. Prenant le gouvernement au mot, les parlementaires vont alors entreprendre de revaloriser le pouvoir législatif du Parlement. Deux modifications en attestent. Désormais, l'article 24C, alinéa 1<sup>er</sup> énonce les trois fonctions du Parlement : le vote de la loi, le contrôle du gouvernement et l'évaluation des politiques publiques. Cette dernière a suscité une brève divergence entre l'Assemblée nationale et le Sénat. La formulation initialement adoptée par les députés, aux termes de laquelle le Parlement « concourt à l'évaluation des politiques publiques », a été jugée insuffisante par les sénateurs qui l'ont remplacé par la formulation finale : le « Parlement évalue les politiques

<sup>22</sup> Ainsi qu'il s'auto-définit lui-même dans la déc. n° 62-20 D.C. du 6 novembre 1962, *Rec.* p. 20. Considérant 2.

<sup>23</sup> Roger KAROUTCHI, Secrétaire d'État en charge des relations avec le Parlement, Séance du 26 mai 2008, *JORF Assemblée nationale Débats*, n° 38[2] A.N. (C.R.), mardi 27 mai 2008, p. 2457 & p. 2458. Nous soulignons.

publiques ». Le débat autour de cette disposition a été l'occasion pour les parlementaires de donner une portée téléologique au critère organique, selon l'idée que l'édiction de la loi implique d'en vérifier la correcte application et les résultats. Plusieurs amendements furent ainsi proposés qui visaient à inscrire dans la Constitution que « le Parlement vote la loi et en évalue les résultats »<sup>24</sup>. Bien que repoussés (pour des raisons de cohérence rédactionnelle bien plus que de fond), ces propositions illustrent néanmoins la persistance du Parlement à vouloir justifier ses missions en les rattachant à la fonction législative (celle-ci s'en trouvant *ipso facto* renforcée et constituant bien sa raison d'être). Par ailleurs, les parlementaires ont entrepris de mieux encadrer la capacité de déléguer sa compétence législative par le Parlement. Sans aller jusqu'à certains amendements, rejetés, qui visaient à interdire toute délégation législative<sup>25</sup>, il figure désormais dans la Constitution que la ratification des ordonnances doit être expresse. Si cela ne freinera peut-être pas le recours, au demeurant déjà ralenti, aux ordonnances<sup>26</sup>, cela devrait conduire le Parlement à mieux maîtriser les actes adoptés sur son habilitation, voire à éventuellement repousser ceux qui ne lui correspondraient pas. À tout le moins, cela forcera le gouvernement, s'il désire assurer la pérennité des actes adoptés pendant l'habilitation législative, à saisir le Parlement, qui se trouvera *de facto* aux deux extrémités de la procédure. Au-delà du résultat sur la norme (la ratification des ordonnances pourrait s'avérer largement formelle), cette modification interpelle en ce qu'elle cherche à rétablir la centralité du Parlement dans la production législative, conformément aux fondements organiques de la conception de la loi dominante depuis 1958.

Ce primat des considérations organiques trouve une dernière illustration, qui, à cinquante ans de distance, semble bien corroborer l'idée selon laquelle le critère matériel est principalement un critère organique inversé. En 2008, le législateur constitutionnel innove en utilisant la séparation des domaines de la loi et du règlement à l'opposé de la philosophie originelle de cette distinction. Nombre d'amendements déposés, et tous ceux qui ont été adoptés, entendent en effet protéger le Parlement de l'empiètement du gouvernement dans certaines matières. L'inscription dans le domaine de la loi est alors largement désolidarisée de ses conséquences normatives finales (création de nouveaux droits pour les citoyens ou empêcher la loi de se perdre dans des précisions trop importantes par exemple) au profit de la seule valorisation de l'organe parlementaire. Ainsi, la consécration de la liberté et de l'indépendance des médias comme composante du domaine de la loi vient davantage (et symboliquement) s'opposer à la modification des conditions de nomination des Présidents des groupes France Télévisions et Radio-France qu'apporter une garantie nouvelle aux citoyens<sup>27</sup>. De même, la mention du régime électoral des instances représentatives des Français établis hors de France ou le statut de l'élu local ne créent pas de prérogatives nouvelles, ni pour le Parlement, ni pour les futurs destinataires de la loi. Leur mention à l'article 34C peut donc être interprétée comme une volonté de consolider le champ de pouvoir du Parlement, selon une logique inversée à celle de 1958. En effet, alors que les rédacteurs de la Constitution avaient conçu l'article 34C comme un moyen de cantonner le Parlement au profit du Gouvernement, le législateur constitutionnel de 2008 utilise, au contraire, la séparation des

<sup>24</sup> Séance du 26 mai 2008, *JORF Assemblée nationale Débats*, n° 38[2] A.N. (C.R.), mardi 27 mai 2008, pp. 2459 et suivantes.

<sup>25</sup> Par deux fois, le Sénat fut ainsi saisi d'amendements quasi identiques disposant que le Parlement vote la loi et ne peut déléguer ce droit, illustrant la volonté de certains parlementaires de pousser à son terme la logique organique au cœur de la révision constitutionnelle. Voir les amendements n°s 413 et 187 déposés par les membres du groupe communiste républicain et citoyen, Séance du 20 juin 2008 *JORF Sénat Débats*, n° 49 S. (C.R.), samedi 21 juin 2008, pp. 3126 et 3177.

<sup>26</sup> Sur cette question, voir MONTALIVET (Pierre de), « La ratification des ordonnances », *Petites affiches*, 19 décembre 2008, n° 254, pp. 59-61.

<sup>27</sup> CARCASSONNE (Guy), « Médias : une constitutionnalisation superflue ? », *op. cit.*

domaines de la loi et du règlement pour renforcer la position du Parlement dans le jeu institutionnel. L'utilisation des critères de définition de la loi est déconnectée de leur fin première (déterminer la profondeur de la loi) pour promouvoir l'organe parlementaire (à travers l'extension du périmètre de la loi). La loi constitutionnelle consacre donc une conception organique de la loi, s'attachant à revaloriser la fonction législative du Parlement contre l'Exécutif. Reposant sur une conception fonctionnelle de la séparation des pouvoirs, elle prolonge bien l'économie constitutionnelle établie en 1958.

Ce primat des considérations organiques n'est pas sans conséquence sur le critère matériel. Après cinquante ans de pratiques institutionnelles, celui-ci apparaît en effet vampirisé, érodé et affaibli, marquant le constat d'échec des tentatives d'adjonction d'un second critère, et partant d'une détermination précise des qualités de la loi.

## **II. Un critère matériel vampirisé : quelle(s) qualité(s) de la loi sous la Ve République ?**

Sous la Ve République, le critère matériel revêt deux acceptions : il peut s'agir de la limitation du domaine de la loi (articles 34C et 37C) ou de l'exigence de normativité de la loi (jurisprudence constitutionnelle). L'opposition de ces deux critères est assez nette : alors que l'article 37C a été inscrit dans une conception mécaniste de la Constitution, l'évolution jurisprudentielle des années 2000 repose quant à elle sur des considérations normatives (au sens troperien précité). Le critère matériel renvoie ainsi à différents modes de régulation constitutionnelle, son affaïssement rendant compte de la difficulté des pouvoirs constitués à tirer les pleines conséquences du basculement vers un régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale. L'interprétation institutionnelle de l'article 37C a conduit à consacrer la loi comme « acte du Parlement » (A.), tandis que l'exigence de normativité, en rompant trop fortement le lien entre loi et Parlement, n'est pas parvenue à la consacrer pleinement comme « acte normateur » (B.).

### **A. L'érosion du critère matériel classique : la loi, « acte du Parlement »**

Dès l'origine, l'article 37C est en porte-à-faux avec le reste de la Constitution. Il est d'ailleurs sans doute l'une des dispositions qui expriment le mieux les contradictions de la philosophie et de la méthode des constituants. Censée, sous le contrôle d'un organe juridictionnel (au moins du point de vue fonctionnel en 1958) limiter la profondeur de la loi, cette disposition impliquait un nouveau mode de rapports entre les pouvoirs Exécutif et Législatif et une nouvelle conception, moins institutionnelle, de la Constitution. Or, dès l'origine, la greffe ne prend pas. Michel DEBRE lui-même<sup>28</sup>, en admettant devant le Conseil d'État que la distinction des domaines législatif et réglementaire n'est pas hermétique et dépend de la volonté des organes constitués<sup>29</sup>, réintroduit les considérations organiques au cœur de la définition de la loi. En conséquence, le critère matériel débute sur un terrain miné par ses promoteurs. Selon une inspiration identique, le Conseil constitutionnel, quand il cherche à renforcer le Parlement, étend le domaine de la loi<sup>30</sup> et admet le caractère facultatif des mécanismes destinés à garantir la séparation entre son domaine et celui du règlement<sup>31</sup>. La politique jurisprudentielle fait alors primer les implications institutionnelles de la distinction

<sup>28</sup> En plus d'assimiler norme et organe ainsi que nous l'avons déjà évoqué – voir *supra*.

<sup>29</sup> « Le gouvernement peut accepter, à l'occasion, une intervention hors le domaine de la loi. Cette intervention ne modifie pas le partage ni ses conséquences » ; Discours de Michel DEBRE devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, préc.

<sup>30</sup> CC, déc. n° 82-142 D.C. du 27 juillet 1982, *Rec.* p. 48.

<sup>31</sup> CC, déc. n° 82-143 D.C. du 30 juillet 1982, *Rec.* p. 57.



des articles 34 et 37 de la Constitution (les organes constitués sont libres de la détermination du domaine de la loi) sur sa logique initiale. Or, « comme un critère ne peut dépendre au cas par cas du libre arbitre pour ne pas dire de la fantaisie d'un des intervenants, il est clair que le critère matériel ne peut être retenu et que subsiste seul le critère organique »<sup>32</sup>. Le juge constitutionnel, confirmant la lecture mécaniste adoptée par les principaux interprètes de la Constitution, restreint ainsi substantiellement l'apport du critère matériel et consacre la conception organique de la loi. Or, un tel résultat sacrifie le sens et la portée de l'article 37C à des considérations politiques ; l'article 41C étant largement tombé en désuétude, le domaine du règlement ne s'applique plus qu'à travers la procédure de délégalisation (art. 37C, al. 2), soit en aval de l'adoption de la loi. Il n'a, en conséquence, que peu d'incidences sur la « profondeur » de la loi (logique normative induite par le critère matériel), se contentant de permettre au gouvernement d'en redéfinir le « périmètre » (logique organique induite par un rapport de force entre les pouvoirs). Face à l'impasse à laquelle parvient sa jurisprudence, le juge constitutionnel a entrepris une rénovation du critère matériel destinée à limiter à nouveau la profondeur de la loi. La décision n° 2005-512 D.C.<sup>33</sup> déclare ainsi préventivement réglementaires certaines dispositions figurant dans la loi au moment du contrôle de la constitutionnalité de la loi et non après sa promulgation. Le Conseil ouvre ainsi la voie à un nouveau type de délégalisation sur le fondement de l'article 61C. Bien qu'elle demeure singulière, on pouvait s'attendre à ce que le Parlement, par ailleurs largement soucieux de surmonter la jurisprudence constitutionnelle, envisage cette innovation *praeter constitutionem*. Or, elle n'a fait l'objet d'aucun commentaire, pas plus que de propositions d'amendement lors des débats sur le projet de loi constitutionnelle. Il aurait pourtant été intéressant de préciser ce point. L'évolution jurisprudentielle, en liant délégalisation et article 61C<sup>34</sup>, entreprenait en effet un retour vers la philosophie logique de la distinction des domaines législatif et réglementaire, que la loi constitutionnelle aurait pu confirmer. Il n'en a rien été car le législateur constitutionnel s'est désintéressé de ces questions au profit des seules conditions de son pouvoir.

Une modification opérée par la loi constitutionnelle pourrait peut-être venir tempérer cette analyse. La procédure d'irrecevabilité de l'article 41C a en effet été modifiée de telle sorte que les Présidents des Chambres pourront désormais opposer l'irrecevabilité à un amendement ou une proposition de loi au cours de la procédure législative, et non plus seulement saisir le Conseil constitutionnel en cas de désaccord avec le gouvernement<sup>35</sup>. Bien que « mineure »<sup>36</sup>, une telle modification pourrait permettre aux Chambres de participer à la définition de la profondeur de la loi ; le Parlement pourrait en effet recourir à cette disposition pour contraindre le gouvernement à expurger la loi des dispositions réglementaires, le forçant ainsi à respecter la séparation des domaines législatif et réglementaire. Une limite apparaît immédiatement : la compétence des Présidents des Chambres ne vaut que pour les propositions de loi et les amendements. Aussi, toute disposition réglementaire introduite par le gouvernement dans un projet de loi continue de bénéficier *a priori* d'une immunité lors de la procédure législative. Toutefois, la modification de l'article 42C ouvre une brèche, en permettant à la Commission parlementaire saisie de remanier le texte gouvernemental. C'est donc elle qui pourra agir au stade préliminaire de la procédure et garantir le respect de la

<sup>32</sup> PACTET (Pierre), « La loi, permanence et changements », in *Mélanges René CHAPUS. Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 507.

<sup>33</sup> CC, déc. n° 2005-512 D.C. du 21 avril 2005, *Rec.* p. 72.

<sup>34</sup> C'est-à-dire la disposition que l'on peut considérer comme celle qui fonde le plus incontestablement la fonction juridictionnelle au Conseil (avec désormais, l'article 61-1C).

<sup>35</sup> Selon l'ancienne formulation de l'article 41C, al. 2.

<sup>36</sup> DRAGO (Guillaume), « Le partage loi/règlement : un nouvel équilibre à construire », *Petites affiches*, 19 décembre 2008, n° 254, p. 66.

séparation du domaine de la loi par le gouvernement. Toutefois, un certain scepticisme est de mise. Il apparaît en effet peu probable que le Parlement, soucieux de sa valorisation organique tel qu'il semble l'être, fasse du strict respect du critère matériel un élément de sa politique normative. Une telle volonté le conduirait en effet à réduire sa compétence d'un point de vue quantitatif (moins de lois, des lois moins longues, mieux écrites...) pour l'améliorer d'un point de vue qualitatif. Or, rien n'indique que cet objectif, que le législateur n'a jusqu'à présent jamais atteint, se réalisera plus facilement avec la nouvelle mouture de la Constitution, dont la philosophie, qui se veut favorable au Parlement, l'incite peu en ce sens.

La consolidation du domaine de la loi proposée, en n'abordant pas la question de la profondeur de la loi, laisse apparaître un Parlement désireux d'étendre sa compétence, selon l'idée que la quantité de matières inscrites dans son domaine est un gage de sa force. Or, le Parlement ne semble pas ici tirer les conséquences de ses nombreux bavardages législatifs antérieurs, ni prendre en compte les risques qui leur sont inhérents. Ce désintérêt marqué pour les qualités de la norme qu'il adopte transparaît par ailleurs dans la difficulté à clarifier et endosser les implications de l'exigence de normativité imposée par le Conseil constitutionnel.

### **B. Le refus de la conception rénovée du critère matériel : la loi, « acte *a-normateur* » ?**

Au tournant des années 2000, la jurisprudence constitutionnelle relative aux critères de la loi a connu une inflexion remarquable ; las de travailler au renforcement du Parlement, le Conseil constitutionnel entreprend de revaloriser la qualité de la loi. Un tel dessein, motivé par la volonté de lutter contre les lois de circonstances et de rendre sa portée à la loi<sup>37</sup>, aboutit à consacrer un nouveau critère matériel d'appréhension de la loi : la normativité. Un tel critère, en déconnectant l'appréciation de la loi de toute considération organique<sup>38</sup>, constitue une rupture très forte dans la jurisprudence ; il marque le basculement vers un nouveau paradigme – *normatif* – de la loi, rompant avec l'acception organique qui prévalait jusqu'alors. En 1958, le critère matériel est en effet conçu comme devant entraver (vers le bas) l'organe parlementaire ; il constitue donc un aménagement à la conception organique de la loi qu'il est censé venir corriger afin d'en éviter les dérives. En cela, les deux critères reposent sur une conception commune assimilant l'organe et la norme et s'inscrivent dans une conception classique de la séparation des pouvoirs. Dans sa version issue de la jurisprudence constitutionnelle des années 2000, le critère de la normativité permet, au contraire, le dépassement de la liaison organique entre Parlement et loi, en se focalisant sur les qualités propres de la norme (indépendamment des conditions institutionnelles effectives de son élaboration). En ce sens, ce critère surmonte les difficultés liées à la difficile définition de la séparation des pouvoirs sous la Ve République et disjoint les enjeux organico-institutionnels des enjeux normatifs. De plus, il confirme qu'un critère matériel s'inscrit logiquement dans une conception normative de la Constitution et non dans une conception institutionnelle.

La loi constitutionnelle de 2008, en reposant sur l'amalgame entre l'organe parlementaire et la norme, n'embrasse pas ces interrogations et les pistes de renouvellement esquissées par le juge constitutionnel. Ainsi, la modification adoptée du régime des lois de programme,

---

<sup>37</sup> Voir en ce sens les remarques du Conseil d'État dans deux de ses rapports publics : « *De la sécurité juridique*, Rapport public 1991 », *EDCE* 1991, n° 43, p. 20 et *Sécurité juridique et complexité du droit*, *Rapport public 2006*, Paris, La documentation française, 2006, p. 282.

<sup>38</sup> La censure se fait ainsi sur le fondement d'un vice de compétence du Parlement, qui doit adopter, sauf exception des lois de programme et, depuis la loi constitutionnelle de 2008, des résolutions de l'article 34-1C, des dispositions normatives. Voir en ce sens le « *Commentaire de la déc. n° 2005-512 DC* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Site Internet du Conseil constitutionnel.

devenues lois de programmation, repose sur la suppression de leur caractère économique et social ; désormais, les lois de programmation « déterminent les objectifs de l'action de l'État » sans aucune restriction matérielle. Cette modification, relativement minime, illustre toutefois la volonté du législateur constitutionnel de surmonter la jurisprudence constitutionnelle pour faire primer une conception organique de la loi et rendre ainsi des marges de manœuvre au législateur ordinaire. Celui-ci avait en effet vu plusieurs dispositions politiquement symboliques censurées pour défaut de normativité. Une telle réaffirmation, si elle s'inscrit dans l'entreprise de revalorisation du Parlement, n'emporte toutefois pas complètement la conviction, pour au moins deux raisons. *Primo*, le législateur constitutionnel semble n'avoir pas tiré toutes les conséquences de la révision constitutionnelle sur sa compétence. Le nouvel article 34-1C, en constitutionnalisant les Résolutions<sup>39</sup>, fournit en effet un nouvel outil au Parlement s'il désire affirmer sa position sans matériellement adopter de norme. Cette nouveauté aurait en conséquence pu encourager le législateur constitutionnel à se montrer plus exigeant sur le critère matériel, les Résolutions permettant au Parlement de s'affirmer face à l'Exécutif selon une logique de pouvoirs, non de compétences. *Secundo*, la conception institutionnelle de la loi maintenue est risquée pour le Parlement ; elle constitue un véritable pari qui ne sera gagné que si la loi constitutionnelle produit tous les effets escomptés. On peut en effet s'interroger pour savoir dans quelle mesure l'identification entre le Parlement et la fonction législative continue de faire sens dans un régime où 85 % des lois adoptées sont des projets gouvernementaux et dans lequel le Titre V de la Constitution surarme le gouvernement pour protéger ses textes. Bien que la compétence législative du Parlement ait été revalorisée par la révision de 2008<sup>40</sup>, l'inscription du travail du législateur constitutionnel dans une conception fonctionnelle de la séparation des pouvoirs interroge et semble hypothéquer les possibilités d'améliorer substantiellement la loi. La position maintenue en 2008 paraît en effet faire l'impasse sur les considérations normatives, pourtant au cœur de la fonction législative au début du XXI<sup>e</sup> siècle (qui ne peut plus désormais se réduire à des enjeux de pouvoirs). Or, en maintenant un cadre identique à celui promu en 1958, la révision constitutionnelle semble achopper à promouvoir une conception de la loi qui concilie sa fonction sociopolitique (le critère organique) et sa fonction juridique (le critère matériel). La revalorisation (organique) du Parlement ne résolvant en rien cette interrogation, les modifications adoptées pourraient n'être finalement que des ajustements institutionnels (c'est-à-dire propres au champ politique), sans matérialisation concrète sur les qualités de la loi. Un travail sur celle-ci aurait sans conteste permis de surmonter cet écueil.

*In fine*, l'analyse des critères de la loi renseigne à la fois sur l'économie constitutionnelle et sur l'état de la loi en France. On se rend ainsi compte que le Constituant et le Conseil constitutionnel n'envisagent pas toujours (au moins depuis les années 2000) la Constitution à l'aune de paradigmes identiques. Ce décalage explique sans doute la situation actuelle et les errements que l'on connaît concernant les critères de la loi. De manière plus surprenante, cette analyse révèle parallèlement une certaine difficulté des pouvoirs constitués à penser le texte constitutionnel autrement que le faisaient les rédacteurs de la Constitution, dont l'ombre tutélaire plane sur les Palais de la République. La conception institutionnelle de la Constitution, malgré quelques évolutions dans la jurisprudence constitutionnelle et les limites conceptuelles qui lui sont inhérentes, continue donc de prévaloir. La loi constitutionnelle de juillet 2008 en se « contentant » de moderniser les rapports entre les « pouvoirs » n'a en rien bouleversé cela ; elle a, au contraire, permis à cette conception de continuer de perdurer malgré l'ensemble des critiques dont elle est régulièrement l'objet.

<sup>39</sup> Une telle modification surmonte également la jurisprudence constitutionnelle. Voir CC, déc. n° 59-3 D.C. du 25 juin 1959, *Rec.* p. 61.

<sup>40</sup> Pour une présentation générale, voir GADHOUN (Pierre-Yves), « L'amélioration de la fabrication... », *op. cit.*

Une fois encore, « la révolution était possible ; la révolution n'a pas eu lieu »<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> RIVERO (Jean), Rapport de synthèse », in FAVOREU (Louis) (dir.), *Le domaine de la loi et du règlement*, Paris, Economica, Coll. « Droit public positif », 1981, 2<sup>e</sup> éd., p. 263.